

Rolnummer 4266
Arrest nr. 89/2008 van 11 juni 2008

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over artikel 29, § 1, 2°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, gesteld door de Raad van State.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Melchior en M. Bossuyt, en de rechters P. Martens, R. Henneuse, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels en T. Merckx-Van Goey, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Melchior,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging*

Bij arrest nr. 173.140 van 3 juli 2007 in zake Jean-Pierre Maes tegen de nv van publiek recht « De Post », waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 13 juli 2007, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 29, § 1, 2°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in die zin geïnterpreteerd dat het niet toestaat humanresourcesmanagers contractueel aan te werven, in combinatie met artikel 4, § 1, 4°, van de wet van 22 juli 1993 houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken en met artikel 2, § 1, 4°, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen, die op vergelijkbare wijze zijn geformuleerd en waarvan de parlementaire voorbereiding en het verslag aan de Koning duidelijk aangeven dat de humanresourcesmanagers contractueel kunnen worden aangeworven ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- Jean-Pierre Maes, die keuze van woonplaats heeft gedaan te 1050 Brussel, Lang-Levenstraat 27-29;
- Freddy Bequet, wonende te 7130 Binche, route de Mons 45;
- de nv van publiek recht « De Post », waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 1000 Brussel, Muntcentrum;
- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 23 april 2008 :

- zijn verschenen :
 - . Mr. F. Culot, advocaat bij de balie te Luik, voor Jean-Pierre Maes;
 - . Mr. M. Detry, advocaat bij de balie te Brussel, voor Freddy Bequet;
 - . Mr. C. Van Olmen en Mr. V. Vuylsteke, advocaten bij de balie te Brussel, voor de nv van publiek recht « De Post »;
 - . Mr. V. Rigodanzo *loco* Mr. N. Cahen en Mr. B. Lombaert, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;
- hebben de rechters-verslaggevers J.-P. Moerman et E. De Groot verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied*

De verzoeker voor de Raad van State vordert de nietigverklaring van de beslissing tot afzetting die de « Employee & Union Relations Director » van « De Post » te zijnen aanzien heeft genomen. Ter ondersteuning van zijn verzoekschrift voert hij met name de onbevoegdheid van de auteur van de handeling aan.

Volgens hem zou de beslissing tot afzetting immers zijn genomen door een persoon die met een arbeidsovereenkomst in dienst is genomen, terwijl het voorstellen of opleggen van een disciplinaire sanctie aan een statutair ambtenaar een uitoefening van de openbare macht vormt.

In het kader van de vordering tot schorsing die dezelfde verzoeker heeft ingesteld, heeft de Raad van State geoordeeld dat dat middel ernstig was omdat de beslissing tot benoeming van een ambtenaar een handeling van de openbare macht is, en omdat de bevoegdheid tot afzetting verbonden is aan de bevoegdheid tot benoeming. Op het eerste gezicht lijkt het er dan ook op dat de bevoegdheid om de verzoeker voor de Raad van State af te zetten, alleen kon worden uitgeoefend door een persoon of een orgaan dat over een deel van de openbare macht beschikt, wat niet het geval zou zijn voor de auteur van de bestreden handeling.

In het kader van het beroep tot nietigverklaring vraagt de tegenpartij dat het Hof wordt ondervraagd over het verschil in behandeling dat zou voortvloeien uit de in het geding zijnde bepaling, indien zij in die zin wordt geïnterpreteerd dat zij niet toestaat dat humanresourcesmanagers contractueel worden aangeworven. Overwegende dat niets zich ertegen verzet dat het Hof hierover wordt ondervraagd, stelt de Raad van State de voormelde prejudiciële vraag.

III. *In rechte*

- A -

Standpunt van de verzoekende partij voor de Raad van State

A.1.1. De verzoekende partij voor de Raad van State herinnert in de eerste plaats aan de inhoud van de in de prejudiciële vraag beoogde wettelijke en reglementaire bepalingen.

De in het geding zijnde bepaling maakt het mogelijk contractueel personeel in dienst te nemen om met name taken uit te voeren die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen.

Artikel 4, § 1, van de wet van 22 juli 1993 « houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken », zoals gewijzigd bij de wet van 26 maart 2001, voorziet in de mogelijkheid om personen onder het stelsel van de arbeidsovereenkomst in dienst te nemen, met name om taken uit te voeren die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen. Sinds de wijziging ervan bij artikel 443 van de programmawet van 24 december 2002 voorziet die bepaling evenwel erin dat de Koning de omstandigheden bepaalt waarin personen met een arbeidsovereenkomst in dienst kunnen worden genomen.

Artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 « tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de publiekrechtelijke

rechtspersonen die ervan afhangen » (hierna : koninklijk besluit van 22 december 2000) bepaalt dat personen met een arbeidsovereenkomst in dienst kunnen worden genomen, met name om te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen.

A.1.2. Hoewel de formulering van artikel 2, § 1, 4°, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 vergelijkbaar is met die van de in het geding zijnde bepaling, is zulks niet meer het geval voor artikel 4, § 1, van de wet van 22 juli 1993 sinds de wijziging ervan bij artikel 443 van de programmawet van 24 december 2002.

Rekening houdend met die wijziging heeft artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 geen wettelijke grondslag meer en kan het derhalve evenmin worden gebruikt om te oordelen of de betwiste bepaling in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

A.1.3. Artikel 443 van de programmawet van 24 december 2002, dat artikel 4 van de wet van 22 juli 1993 wijzigt, is weliswaar nog niet in werking getreden. Uit de parlementaire voorbereiding van de programmawet blijkt echter dat de wetgever in die materie de bevoegdheid heeft willen teruggeven die krachtens de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet aan de Koning toekomt en die Hem bij de wet van 22 juli 1993 was ontnomen.

Hieruit volgt dat artikel 4 van de wet van 22 juli 1993, zoals die thans luidt, ongrondwettig is, vermits een wet de Koning niet de bevoegdheid kan ontnemen die Hem krachtens de Grondwet zelf toekomt. Het Hof zou aan artikel 443 van de programmawet van 24 december 2002 bijgevolg een zekere wettelijke waarde moeten toekennen.

A.1.4. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 4, § 1, van de wet van 22 juli 1993 blijkt overigens niet duidelijk dat humanresourcesmanagers contractueel kunnen worden aangeworven.

A.1.5. De verzoekende partij voor de Raad van State is ten slotte van mening dat de aan het Hof gestelde vraag niet erin bestaat of de contractueel in dienst genomen personeelsleden van « De Post » prerogatieven van de openbare macht mogen uitoefenen, maar wel of de opdracht bestaande in het personeelsbeheer en het nemen van de vereiste individuele maatregelen ten aanzien van dat personeel, ressorteert onder de uitvoering van de taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen.

In de arresten die de Raad van State in het kader van de onderhavige zaak heeft gewezen, is echter het tegendeel beslist. Het feit dat statutaire ambtenaren disciplinaire straffen worden opgelegd, staat immers los van de *ratio legis* van de wet van 21 maart 1991, die ertoe strekt de deregulering en de autonomie inzake het beheer van de autonome overheidsbedrijven te verzekeren.

Standpunt van de voor het Hof tussenkommende partij

A.2.1. De tussenkommende partij heeft op 19 maart 2007 het voorwerp uitgemaakt van een handeling tot afzetting door de « Employee & Union Relations Director » van « De Post ». Voor de Raad van State heeft zij een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing van die beslissing ingesteld.

De tussenkommende partij betwist daarin met name de bevoegdheid van de auteur van de handeling om een disciplinaire sanctie te haren aanzien te nemen. Met een arrest nr. 173.120 van 3 juli 2007 heeft de Raad van State de uitvoering van de beslissing tot afzetting geschorst. « De Post » heeft gevraagd de procedure voort te zetten en de voor het Hof tussenkommende partij heeft haar memorie van antwoord op 19 september 2007 ontvangen. « De Post » vraagt daarin dat aan het Hof een prejudiciële vraag wordt gesteld die identiek is met die welke in de onderhavige zaak aan het Hof is voorgelegd.

Zij meent bijgevolg te doen blijken van een klaarblijkelijk belang om in de onderhavige zaak tussen te komen, teneinde haar argumenten aan te voeren en een beslissing te beïnvloeden die onbetwistbaar gevolgen voor haar eigen behandeling zal hebben. Overeenkomstig artikel 26, § 2, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 zal de Raad van State, zodra het arrest van het Hof in die zaak is uitgesproken, immers niet meer ertoe gehouden zijn de vraag te stellen die « De Post » in het geschil tussen haar en de tussenkommende partij voorstelt.

A.2.2. De artikelen 4, § 1, 4°, van de wetten van 21 maart 1991 en van 22 juli 1993 maken het mogelijk deskundigen inzake human resources met een arbeidsovereenkomst in dienst te nemen, enkel om de overheid in staat te stellen personen aan te werven met een bijzondere technische deskundigheid. Die bepalingen staan de

overheid niet toe zich te onttrekken aan haar prerogatieven door aan die contractuele « deskundigen » de bevoegdheid toe te vertrouwen om in haar plaats administratieve beslissingen te nemen en handelingen te stellen die de openbare macht binden.

Er dient overigens te worden vastgesteld dat het koninklijk besluit van 29 oktober 2001 « betreffende de aanduiding en de uitoefening van de managementfuncties in de federale overheidsdiensten en de programmatorische federale overheidsdiensten », de Waalse ambtenarencode en het besluit van de Franse Gemeenschapsregering van 1 december 2006 de managers in een statutaire positie hebben geplaatst.

A.2.3. Het feit dat de positie van statutair ambtenaar niet noodzakelijk de uitoefening van een deel van de openbare macht inhoudt, is overigens niet relevant. De vraag is daarentegen of een andere dan statutaire ambtenaar *imperium*-handelingen kan stellen. In dat opzicht is de Raad van State van mening dat een functie die een deel van de openbare macht inhoudt, niet aan een contractueel ambtenaar kan worden toevertrouwd, behoudens een andersluidende uitdrukkelijke wetsbepaling. Geen enkele van de in de prejudiciële vraag aangevoerde bepalingen bevat echter een dergelijke uitdrukkelijke afwijking.

A.2.4. In haar memorie van antwoord stelt de tussenkomenende partij vast dat « De Post », tegenpartij voor de Raad van State, aanvoert dat zij zich in een andere situatie bevindt dan die van de administratieve overheden die worden beoogd in de wet van 22 juli 1993 en in het koninklijk besluit van 22 december 2000. De Post verdedigt aldus in hoofdorde het omgekeerde standpunt van hetwelk heeft verantwoord dat zij de Raad van State verzoekt de prejudiciële vraag te stellen. Het Hof zou bijgevolg moeten beslissen dat de prejudiciële vraag zonder voorwerp is voor de partij zelf die ze heeft opgeworpen.

A.2.5. Ten slotte voert de tussenkomenende partij aan dat de gestelde vraag het niet mogelijk maakt de voor de Raad van State hangende vraag te beantwoorden, namelijk of de contractuele personeelsleden van « De Post » handelingen mogen verrichten die vallen onder de uitoefening van de openbare macht. Het Hof zou de vraag dan ook in elk geval moeten verwerpen omdat zij niet pertinent is.

Standpunt van de tegenpartij voor de Raad van State

A.3.1. « De Post » betwist in de eerste plaats het argument van de verzoekende partij voor de Raad van State volgens hetwelk artikel 4, § 1, van de wet van 22 juli 1993 niet als vergelijkingspunt zou kunnen dienen, omdat het is gewijzigd bij de programmawet van 24 december 2002. Het is juist dat artikel 443 van de programmawet van 24 december 2002 artikel 4 van de wet van 22 juli 1993 vervangt. Niettemin is dat artikel 443 nog niet in werking getreden, daar geen enkel in Ministerraad overlegd koninklijk besluit is aangenomen.

A.3.2. Bovendien kan de opvatting volgens welke de beslissingen met betrekking tot de aanwerving van ambtenaren handelingen van de openbare macht zijn, niet langer worden gevolgd. Al talrijke jaren geeft de rechtsleer immers aan dat de statutaire aanwerving niet noodzakelijk verbonden is aan de uitoefening van een deel van de openbare macht. Evenzo is het verband tussen het statutaire stelsel en de uitoefening van de openbare macht volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet aangetoond, zoals blijkt uit het arrest *Pellegrin* van 8 december 1999. De Raad van State zelf erkent « dat het statutaire verband, hoewel het als de regel dient te worden beschouwd, niet noodzakelijk is verbonden aan de uitoefening van de openbare macht ».

In werkelijkheid voeren de openbare diensten, wanneer zij in de « rand » van de Staat opereren, niet noodzakelijk een deel van de openbare macht uit. De regel volgens welke het personeel zich normaal gezien in een statutaire situatie bevindt, steunt dus op de toepassing van de wet van de veranderlijkheid, die een algemeen beginsel van het administratief recht is. Daarvan kan dus op wetgevende wijze worden afgeweken.

Dat is wat de wetgever heeft gedaan met de aanneming van de wet van 21 maart 1991 en door daarin vier gevallen te bepalen waarin de autonome overheidsbedrijven personeel kunnen aanwerven en tewerkstellen op grond van een arbeidsovereenkomst. Een van die hypothesen betreft de uitvoering van taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen. Dat is echter precies het geval voor een functie van « Employee & Union Relations Director », zoals uitgeoefend door de instantie die de verzoekende partij voor de Raad van State heeft afgezet.

De « Employee & Union Relations Director » is immers verantwoordelijk voor alle vertrouwelijke en strategische dossiers die in het kader van de betrekkingen met de vakbonden als gevoelig worden beschouwd.

In die dossiers vertegenwoordigt hij vaak de onderneming als bemiddelaar of als onderhandelaar. Hij brengt rechtstreeks verslag uit aan de leidinggevende personeelsdirecteur, lid van het directiecomité.

A.3.3. Er dient overigens rekening te worden gehouden met de bijzondere situatie van de autonome overheidsbedrijven ten opzichte van de federale administratie ter zake. Uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde wet blijkt immers dat de economische overheidsbedrijven hun activiteiten moeten uitoefenen in het kader van een alsmaar groter wordende concurrentie met de privésector. Zij moeten zich dus aanpassen aan die concurrentiële context en aan een geleidelijke privatisering van hun activiteiten.

In die context is één van de doelstellingen van de in het geding zijnde wet de deregulering, teneinde de autonomie en de doeltreffendheid te vergroten, met name door de administratieve verplichtingen te verlichten. Op het vlak van het personeelsbeheer vertaalt die deregulering zich door een uitbreiding van de mogelijkheden waarover de autonome overheidsbedrijven beschikken om contractueel personeel aan te werven, met name voor expertise- of directiefuncties.

In dat opzicht kan een vergelijking worden gemaakt met artikel 2, § 2, van het koninklijk besluit van 22 december 2000, dat het mogelijk maakt het stelsel van de arbeidsovereenkomst toe te passen in de instellingen van de gewesten en de gemeenschappen die concurrentiële activiteiten uitvoeren.

A.3.4. Bovendien kan geen enkele objectieve vergelijking worden gemaakt tussen de autonome overheidsbedrijven en de centrale besturen van de federale Staat, de gemeenschappen of de gewesten ten aanzien van de mogelijkheid om contractueel personeel aan te werven, daar die laatstgenoemde besturen een deel van de openbare macht uitoefenen, terwijl de autonome overheidsbedrijven slechts belast zijn met een opdracht van openbare dienst.

In een andere context heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen overigens gesteld dat het geheel van de betrekkingen in de postsector geen rechtstreekse of indirecte deelname inhoudt aan de uitoefening van de openbare macht, noch aan de functies die tot doel hebben de algemene belangen van de Staat of van de andere openbare gemeenschappen te vrijwaren.

A.3.5. Zelfs in de veronderstelling dat de grondslag van de statutaire regeling die op « De Post » van toepassing is, vergelijkbaar is met die welke voor de centrale besturen geldt, zou de prejudiciële vraag ontkennend dienen te worden beantwoord.

Sinds de wijziging ervan bij de wet van 26 maart 2001 maakt de wet van 22 juli 1993 het mogelijk om, zelfs binnen de centrale besturen, contractuele personen aan te werven om taken uit te voeren die een bijzondere kennis of ervaring op hoog niveau vereisen en die permanent kunnen zijn. Die wijziging houdt een uitdrukkelijke wettelijke afwijking in van de regel volgens welke alleen statutaire ambtenaren een deel van de openbare macht kunnen uitoefenen. Bovendien stemt de terminologie die is gebruikt in de wet van 22 juli 1993, zoals gewijzigd bij de wet van 26 maart 2001, overeen met de formulering van de in het geding zijnde bepaling. Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 26 maart 2001 vloeit ten slotte voort dat de wetgever specifiek de directie- en managementfuncties heeft willen beogen. Die precisering kan worden omgezet naar de betwiste bepaling.

Naar het voorbeeld van de federale besturen, beschikken de besturen van de gewesten en van de gemeenschappen eveneens over de mogelijkheid om contractueel personeel aan te werven voor de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, zoals de functies inzake personeelsbeheer. Een en ander wordt gepreciseerd in het verslag aan de Koning dat voorafgaat aan het voormelde koninklijk besluit van 22 december 2000. De uitzondering op de statutaire regeling bepaald in artikel 2, § 1, 4^o, van dat koninklijk besluit is bovendien op dezelfde manier geformuleerd als de uitzondering bepaald in artikel 4, § 1, 4^o, van de wet van 22 juli 1993 en in de betwiste bepaling.

Artikel 11, § 1, van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 juni 2005 « betreffende de aanduiding en de uitoefening van de management- en projectleiderfuncties en van de functie van algemeen directeur bij de dienst van de Vlaamse overheid » bepaalt overigens uitdrukkelijk dat de manager binnen de Vlaamse overheid normaal gezien in dienst wordt genomen met een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur, tenzij de gekozen kandidaat reeds ambtenaar is. Het feit dat de mogelijkheid om managers contractueel in dienst te nemen, nog niet is uitgevoerd binnen de federale Regering, de Waalse Regering of de Franse Gemeenschapsregering betekent geenszins dat die mogelijkheid voor hen niet bestaat.

A.3.6. De stelling dat de in het geding zijnde bepaling niet wettelijk verantwoordt dat een « Employee & Union Relations Director » met een arbeidsovereenkomst wordt aangeworven en tewerkgesteld, met alle aan zijn functie verbonden kenmerken, zou dus leiden tot een discriminatie. De besturen van de federale Staat, de gewesten en de gemeenschappen hebben immers de mogelijkheid om de humanresourcesmanagers met een arbeidsovereenkomst aan te werven. Er wordt dus niet ingezien op welke basis het aanwenden van die mogelijkheid en de gevolgen die daaruit voortvloeien bekritiseerbaar zouden zijn wanneer het gaat om autonome overheidsbedrijven, terwijl de in het geding zijnde bepaling op een vergelijkbare manier is geformuleerd en steunt op dezelfde motiveringen als de uitzonderingen op de statutaire regeling betreffende de besturen van de federale Staat, de gewesten en de gemeenschappen.

Standpunt van de Ministerraad

A.4.1. De Ministerraad betwist de ontvankelijkheid van de memorie van tussenkomst. De tussenkommende partij is immers geen partij bij het voor de Raad van State hangende geding dat tot de prejudiciële vraag heeft geleid.

A.4.2. Na te hebben herinnerd aan de bewoordingen van de wettelijke en reglementaire bepalingen die in de prejudiciële vraag zijn vermeld, preciseert de Ministerraad dat artikel 4 van de wet van 22 juli 1993 is gewijzigd bij artikel 443 van de programmawet van 24 december 2002. Die bepaling is thans echter nog niet in werking getreden, zodat rekening dient te worden gehouden met artikel 4 van de wet van 22 juli 1993, in de vorige versie ervan.

A.4.3. De in het geding zijnde bepaling strekt ertoe aan de autonome overheidsbedrijven een ruimere autonomie inzake beheer toe te kennen teneinde hun concurrentievermogen zo goed mogelijk te verzekeren.

Het begrip « taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen » in de in het geding zijnde bepaling is niet verder gedefinieerd. Dat begrip houdt echter niet het bezit van een diploma in, maar beoogt veeleer het personeel dat een bijzondere en gerichte kennis en ervaring op een bepaald domein heeft verworven. Het sluit de indienstneming van humanresourcesmanagers dus niet uit.

A.4.4. Bovendien zijn de omstandigheden die het de autonome overheidsbedrijven mogelijk maken contractueel personeel in dienst te nemen, vergelijkbaar met die welke zijn gedefinieerd in de voormelde wet van 22 juli 1993 en het voormelde koninklijk besluit van 22 december 2000.

Het feit dat de functies met betrekking tot het personeelsbeheer niet uitdrukkelijk worden beoogd in de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde wet, terwijl een dergelijke uitdrukkelijke vermelding te lezen staat in die van de wet van 22 juli 1993 en in het verslag aan de Koning dat voorafgaat aan het koninklijk besluit van 22 december 2000, betekent niet dat de wetgever binnen de autonome overheidsbedrijven de contractuele indienstneming van humanresourcesmanagers heeft willen uitsluiten.

Het zou overigens zeer paradoxaal zijn dat die overheidsbedrijven, die een grotere soepelheid in hun werking moeten genieten teneinde het hoofd te bieden aan de privésector in het kader van concurrentiële activiteiten, ertoe worden verplicht striktere regels na te leven dan de klassieke besturen wat de indienstneming van hun personeel, in het bijzonder hun omkaderingspersoneel, betreft.

A.4.5. De in het geding zijnde bepaling heeft dus precies dezelfde draagwijdte als artikel 4, § 1, 4°, van de wet van 22 juli 1993 en artikel 2, § 1, 4°, van het koninklijk besluit van 22 december 2000. Die bepaling schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet bijgevolg niet.

A.4.6. Voor het overige staat de vraag of een humanresourcesmanager die contractueel in dienst is genomen een beslissing tot benoeming of afzetting van een statutair ambtenaar kan nemen, los van de aan het Hof gestelde prejudiciële vraag.

- B -

Ten aanzien van de in het geding zijnde bepaling

B.1.1. Artikel 29, § 1, van de wet van 21 maart 1991 « betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven » bepaalt :

« De personeelsleden van een autonoom overheidsbedrijf worden aangeworven en tewerkgesteld krachtens het personeelskader en het personeelsstatuut die door de raad van bestuur of, in voorkomend geval, door de Koning, overeenkomstig deze titel worden vastgesteld.

Echter, een autonoom overheidsbedrijf kan personeelsleden aanwerven en tewerkstellen onder arbeidsovereenkomst onderworpen aan de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, met het oog op :

[...]

2° de uitvoering van taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen;

[...] ».

B.1.2. De Raad van State ondervraagt het Hof over de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde bepaling met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in die zin geïnterpreteerd dat zij, onder de taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen, niet de functies van humanresourcesmanager opneemt en, bijgevolg, de contractuele aanwerving van humanresourcesmanagers binnen autonome overheidsbedrijven niet toestaat.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag

B.2.1. De verzoekende partij voor de Raad van State betwist de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag omdat het antwoord van het Hof de oplossing van het aan de Raad van State voorgelegde geschil niet zou kunnen beïnvloeden.

B.2.2. De prejudiciële vraag is van belang voor het oplossen van het geschil voor de Raad van State omdat hem met name de vraag wordt gesteld of de in het geding zijnde

bepaling in die zin moet worden geïnterpreteerd dat zij de contractuele aanwerving van humanresourcesmanagers toestaat.

B.2.3. De exceptie wordt verworpen.

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de memorie van tussenkomst

B.3.1. Volgens de Ministerraad is de memorie van de tussenkomende partij niet ontvankelijk omdat die partij niet doet blijken van het vereiste belang.

B.3.2. Artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 bepaalt :

« Wanneer het Arbitragehof, bij wijze van prejudiciële beslissing, uitspraak doet op vragen als bedoeld in artikel 26, kan ieder die van een belang doet blijken in de zaak voor de rechter die de verwijzing gelast, een memorie aan het Hof richten binnen dertig dagen na de bekendmaking voorgeschreven in artikel 74. Hij wordt daardoor geacht partij in het geding te zijn ».

B.3.3. Zoals de Ministerraad opmerkt, heeft het Hof aanvankelijk geoordeeld dat louter de hoedanigheid van partij bij een procedure die analoog is met die welke bij het Hof prejudicieel aanhangig is, niet volstaat om te doen blijken van het belang om in een procedure betreffende een prejudiciële vraag tussen te komen (onder meer arrest nr. 82/95, B.1.2).

In zijn arrest nr. 56/93 van 8 juli 1993 heeft het Hof daarvoor een principiële verantwoording gegeven naar aanleiding van een exceptie van ongrondwettigheid van artikel 87, § 1 :

« Nu de wetgever de draagwijdte van het arrest dat is gewezen op de prejudiciële vraag in het geschil naar aanleiding waarvan de vraag is gesteld, heeft beperkt, kon hij de tussenkomst voor het Hof beperken tot de personen die in dat geschil mochten tussenkomen. Het is weliswaar juist dat het arrest, gewezen op prejudiciële vraag, een indirect effect zou kunnen hebben op soortgelijke geschillen aangezien de geadieerde rechter van oordeel zou kunnen zijn dat hij geen vraag aan het Hof hoeft te stellen omdat het Hof reeds op een vraag met hetzelfde onderwerp uitspraak heeft gedaan. Niets belet echter de partijen voor die rechter argumenten uiteen te zetten om hem te overtuigen op zijn beurt een vraag aan het Hof te stellen » (B.2.7).

B.3.4. In latere arresten heeft het Hof zijn standpunt evenwel genuanceerd en het belang in een analoge procedure aanvaard, namelijk :

- wanneer die procedure voor onbepaalde tijd werd stilgelegd in afwachting van het antwoord op de door een andere rechter (arrest nr. 126/2000, B.1.2) of door dezelfde rechter in een andere zaak (arrest nr. 55/99, B.1.2; arrest nr. 57/2002, A.1; arrest nr. 141/2006, B.3.2) aan het Hof voorgelegde prejudiciële vraag;

- wanneer de verzoeker tot tussenkomst, in een analoge procedure, enkel heeft gevraagd aan het Hof een prejudiciële vraag over hetzelfde probleem te stellen, dus zonder dat een rechterlijke beslissing is genomen om de procedure te schorsen in afwachting van een uitspraak van het Hof (arrest nr. 13/2004, B.2.2);

- wanneer de verzoeker tot tussenkomst louter doet gelden dat zijn zaak, die een identiek onderwerp heeft als die welke is voorgelegd aan de verwijzende rechter, niet kan worden beslecht vooraleer het Hof heeft geantwoord op de prejudiciële vraag, zodat hij niet op dienstige wijze kan verzoeken een vraag te stellen aan het Hof teneinde zich te kunnen voegen bij de voor het Hof hangende procedure (arrest nr. 73/2006, B.2.3);

- en zelfs wanneer de verzoeker tot tussenkomst louter doet gelden dat zijn raad van bestuur heeft beslist een analoge procedure in te stellen met de intentie de bevoegde rechtbank te verzoeken dezelfde prejudiciële vraag te stellen (arrest nr. 162/2005, A.12 en B.2.2).

Niettemin heeft het Hof in zijn arrest nr. 82/2005 het principe gehandhaafd dat reeds een analoge zaak hangende moet zijn. De omstandigheid dat een arrest van het Hof een invloed zou kunnen hebben op de beslissing van een rechter aan wie later analoge vragen worden voorgelegd, is evenmin van dien aard dat daaruit dat belang blijkt, want zulks kan voor elke rechtzoekende gelden (B.2.3).

B.3.5. Ofschoon moet worden vermeden dat voor het Hof personen in rechte treden die slechts een hypothetisch belang hebben bij de aan het Hof gestelde prejudiciële vragen, dient het rekening te houden met het versterkte gezag van gewijsde dat voortvloeit uit artikel 26, § 2, tweede lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 en ervoor te zorgen dat prejudiciële vragen met betrekking tot identieke problemen niet worden vermenigvuldigd.

Door toe te staan dat elke persoon die doet blijken van een belang de vernietiging kan vorderen van een bepaling waarvan het Hof, uitspraak doende op een prejudiciële vraag, heeft vastgesteld dat ze de Grondwet schendt, heeft artikel 4, tweede lid, dat in de bijzondere wet van 6 januari 1989 is ingevoerd bij de bijzondere wet van 9 maart 2003, het gevolg versterkt dat een op prejudiciële vraag gewezen arrest kan hebben voor de personen die geen partij waren bij dat arrest.

B.3.6. Er dient dus te worden aangenomen dat de personen die het afdoende bewijs leveren van het rechtstreekse gevolg dat het antwoord dat het Hof op een prejudiciële vraag zal geven, op hun persoonlijke situatie kan hebben, doen blijken van een belang om voor het Hof tussen te komen.

B.3.7. Te dezen heeft de tussenkomen partij bij de Raad van State een beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beslissing tot ontzetting die de naamloze vennootschap van publiek recht « De Post » te haren aanzien had genomen. Bovendien heeft de tegenpartij voor de Raad van State die laatste verzocht aan het Hof dezelfde prejudiciële vraag te stellen als die welke het voorwerp van de onderhavige zaak uitmaakt.

Rekening houdend met die omstandigheden doet die persoon blijken van een voldoende belang om in de onderhavige rechtspleging tussen te komen.

B.3.8. De exceptie wordt verworpen.

Ten gronde

B.4. In de door de verwijzende rechter gekozen interpretatie voert de in het geding zijnde bepaling een verschil in behandeling in tussen de autonome overheidsbedrijven, die aan de in het geding zijnde bepaling zijn onderworpen, en de besturen en rechtspersonen van publiek recht, die vallen onder de regeling van het koninklijk besluit van 22 december 2000 « tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook op de

publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen » (hierna : koninklijk besluit van 22 december 2000) en van de wet van 22 juli 1993 « houdende bepaalde maatregelen inzake ambtenarenzaken » (hierna : wet van 22 juli 1993).

B.5.1. Artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 22 december 2000 luidt :

« Onverminderd paragraaf 2, wordt aan de personeelsbehoeften uitsluitend voldaan door ambtenaren die aan de bepalingen van dit besluit onderworpen zijn.

Niettemin kunnen bij arbeidsovereenkomst personen in dienst worden genomen, uitsluitend om :

[...]

4° te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken ».

B.5.2. Het verslag aan de Koning dat aan dat koninklijk besluit voorafgaat, preciseert in dat opzicht :

« Om de diensten toe te laten, op het vlak van op bijzondere competenties gerichte werving, een beroep te doen op hooggekwalificeerd personeel, waarvan de opdracht niet zodanig specifiek is dat zij kan worden ondergebracht onder het begrip ‘ specifieke opdracht ’, wordt voorgesteld in artikel 2, § 1, een vierde uitzonderingsmogelijkheid toe te voegen. Ter verduidelijking kan bij wijze van voorbeeld voor de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, worden verwezen naar de volgende categorieën van personeel : ICT-kaderpersoneel, management- en HRM-functies.

De toevoeging van deze uitzonderingsgrond wordt derhalve verantwoord opdat de overheid een beroep zou kunnen doen op de in de maatschappij aanwezige kennis en bekwaamheid welke is vereist in een snel evoluerende, hoogontwikkelde en complexe samenleving teneinde een kwaliteitsvolle dienstverlening te kunnen blijven garanderen » (*Belgisch Staatsblad*, 9 januari 2001, p. 422).

B.6.1. Artikel 4, § 1, 4°, van de wet van 22 juli 1993, zoals gewijzigd bij de wet van 26 maart 2001, bepaalt :

« In afwijking van artikel 3, in de besturen en andere diensten van de federale ministeries in de openbare instellingen van sociale zekerheid bedoeld in artikel 3, § 2 van het koninklijk besluit van 3 april 1997 houdende maatregelen met het oog op de responsabilisering van de openbare instellingen van sociale zekerheid, met toepassing van artikel 47 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels, alsook in de instellingen van openbaar nut die onder het

gezag, de controle of het toezicht van de Staat staan, vermeld in artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut en die vallen onder de bevoegdheid van het comité voor de nationale, de gemeenschaps- en de gewestelijke overheidsdiensten, met uitzondering van deze die een financiële, industriële of handelsactiviteit uitoefenen, kunnen personen onder het stelsel van een arbeidsovereenkomst in dienst worden genomen uitsluitend om :

[...]

4° te voorzien in de uitvoering van taken die een bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau vereisen, beide relevant voor de uit te voeren taken, ook wanneer de uit te voeren taken permanente opdrachten betreffen ».

B.6.2. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij verklaart, dient het Hof geen rekening te houden met de wijziging die artikel 443 van de programmawet van 24 december 2002 in die bepaling heeft aangebracht. Dat artikel zal immers pas in werking treden op de datum bepaald bij een na overleg in de Ministerraad vastgelegd koninklijk besluit, dat nog niet is genomen.

B.6.3. De in artikel 4, § 1, 4°, van de wet van 22 juli 1993 erkende mogelijkheid om personeel met een arbeidsovereenkomst in dienst te nemen, werd als volgt verantwoord in de parlementaire voorbereiding :

«[...] ook én vooral vanuit beleidsmatig oogpunt beantwoorden de huidige mogelijkheden om overheidspersoneel onder contract aan te werven niet langer aan de hedendaagse behoeften van een moderne ambtenarij.

Een performante administratie in een constant evoluerende samenleving moet meer worden gestoeld - inzonderheid ook wat het management betreft - op wederzijds overleg tussen de beleidsmakers en de uitvoerders van het beleid, op responsabilisering en het formuleren van duidelijke doelstellingen en objectieven. Dit betekent dat de mogelijkheid moet worden ingebouwd om de arbeidsrelatie op dat niveau het karakter te verlenen van contractmanagement, zowel in de conceptuele als in de juridische betekenis van het woord.

Deze ontwikkeling kadert in een globale ontwikkeling van het bestuursrecht dat in de hedendaagse complexe samenleving evolueert van eenzijdigheid naar wederkerigheid.

Om die reden wordt een vierde mogelijkheid tot contractuele werving aan de huidige lijst toegevoegd; te weten voor die functies waarvoor, gelet op de uit te voeren taken, bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau (beide – uiteraard - relevant voor de uit te oefenen functie) vereist is. De mogelijkheid tot contractualisering van de arbeidsrelatie wordt aldus ook voorzien wanneer de uit te voeren taken waarvoor bijzondere kennis of ruime ervaring is vereist, permanente opdrachten betreffen. Het betrokken bestuur heeft in die door artikel 4, § 1, 4°, beoogde gevallen de vrije keuze tussen het statuut en de arbeidsovereenkomst.

De minister beoogt op deze wijze ook de permanente functies tijdelijk - bepaald of onbepaald - te kunnen invullen of toewijzen omwille van de noodzakelijk regelmatige updating van de desbetreffende expertise. Bij wijze van voorbeeld verwijst hij naar de volgende categorieën van personeel : HRM-functies, ICT-kaderpersoneel, leden van de Cel Beleidsvoorbereiding en, inzonderheid, managementfuncties.

Deze toevoeging heeft derhalve als finaliteit dat overheidsdiensten, waar bijzondere kennis of ruime ervaring op hoog niveau is vereist, blijvend een beroep kunnen doen op de kennis en bekwaamheid die op de arbeidsmarkt aanwezig zijn. Zoals gezegd is deze open ingesteldheid vereist om een kwaliteitsvolle dienstverlening te waarborgen in een samenleving in constante evolutie.

[...]

De minister wenst daaraan toe te voegen dat de selectie van deze contractuelen niet op dezelfde wijze zal gebeuren als voor de andere categorieën bepaald in het huidige artikel 4, § 1. De vereiste van een bijzondere kennis en een ruime ervaring vraagt een doorgedreven professionele selectie van de op de arbeidsmarkt aanwezige kandidaten en hun expertise » (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, DOC 50-0965/006, pp. 5-7).

B.7. Uit hetgeen voorafgaat vloeit voort dat, binnen de besturen en de rechtspersonen van publiek recht die aan het koninklijk besluit van 22 december 2000 en aan de wet van 22 juli 1993 zijn onderworpen, de humanresourcesmanagers met een arbeidsovereenkomst in dienst kunnen worden genomen.

B.8. Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie vereist niet dat aan iedere persoon die bij een overheidsdienst werkt een identiek juridisch statuut wordt toegekend en het staat aan de bevoegde overheid de meest geschikte weg te kiezen teneinde de opdrachten van openbare dienst te verwezenlijken waarmee ze is belast.

Te dezen kan evenwel geen enkele redelijke verantwoording worden gegeven voor het verschil in behandeling dat wordt ingevoerd door de in het geding zijnde bepaling in de interpretatie die de verwijzende rechter eraan geeft. Het statuut van autonoom overheidsbedrijf kan het verbod om humanresourcesmanagers contractueel in dienst te nemen niet verantwoorden.

Dat verschil in behandeling is niet verantwoord, te meer daar de autonome overheidsbedrijven ertoe zijn geroepen hun activiteiten te ontwikkelen in een concurrentieel kader dat een soepeler personeelsbeheer vereist.

B.9. Aldus geïnterpreteerd dat zij niet toestaat humanresourcesmanagers contractueel aan te werven, schendt de in het geding zijnde bepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.10. In die interpretatie van de in het geding zijnde bepaling dient de prejudiciële vraag bevestigend te worden beantwoord.

B.11. Zoals de Ministerraad opmerkt, kan de betwiste bepaling echter anders worden geïnterpreteerd, waarbij de humanresourcesfuncties als taken die een kennis of ervaring op hoog niveau vereisen, moeten worden beschouwd en bijgevolg binnen de autonome overheidsbedrijven op contractuele wijze kunnen worden ingevuld.

B.12. In die interpretatie van de in het geding zijnde bepaling dient de prejudiciële vraag ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

- Aldus geïnterpreteerd dat het niet toestaat humanresourcesmanagers contractueel aan te werven, schendt artikel 29, § 1, tweede lid, 2°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

- Aldus geïnterpreteerd dat het toestaat humanresourcesmanagers contractueel aan te werven, schendt artikel 29, § 1, tweede lid, 2°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 11 juni 2008.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior